



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

FERNANDO MENDES REGNIER MARQUES

**A EXISTÊNCIA DO INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO
BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2019

FERNANDO MENDES REGNIER MARQUES

**A EXISTÊNCIA DO INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO
BRASILEIRO**

Artigo Científico apresentado com requisito
parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito da Faculdade do
Centro Universitário de Brasília UNICEUB
Orientador: Paulo Palhares

BRASÍLIA
2019

FERNANDO MENDES REGNIER MARQUES

Artigo Científico apresentado
como requisito para conclusão de curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Brasília,

BANCA EXAMINADORA

Orientador Dr. Paulo Palhares, Me.

Prof. José Pedro Brito da Costa, Me.

AGRADECIMENTOS

Dedico o presente artigo as pessoas que eu amo nessa vida.

Ao meus pais, que sempre me apoiaram em todas as situações da minha vida, e me deram forças e discernimento para seguir em frente independentemente da situação enfrentada. Me ensinaram tudo que eu sei nessa vida.

À Mariana Rabello, amor da minha vida e minha fiel companheira, que sempre esteve no meu lado e me deu forças para chegar onde cheguei. Não há dúvidas que não estaria aqui se não fosse por sua ajuda.

Aos meus amigos que me ajudaram durante essa jornada e a tornaram mais divertida e mais leve.

Ao meu orientador Paulo Palhares, por ter me acolhido e tornado possível a conclusão desse trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	7
1.1 Elementos da Responsabilidade Civil.....	9
1.1.1 <i>Conduta</i>	9
1.1.2 <i>Dano</i>	10
1.1.3 <i>Culpa</i>	10
1.1.4. <i>Nexo de Causalidade</i>	12
1.2 Funções da Responsabilidade Civil.....	12
1.2.1 <i>Função compensatória</i>	13
1.2.2 <i>Função preventiva</i>	13
1.2.3 <i>Função Punitiva</i>	14
2. DANO PUNITIVO.....	15
2.1 Conceito e Origem.....	16
2.2 Requisitos do Dano Punitivo.....	17
2.3 Aplicabilidade do Dano Punitivo.....	18
2.4 Quantificação da indenização.....	19
2.4.1 <i>Grau de culpa do ofensor</i>	20
2.4.2 <i>Gravidade do dano Causado</i>	20
2.4.3 <i>Condição econômica do agente causador</i>	21
3. COMPATIBILIDADE DOS PUNITIVE DAMAGES COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
3.1 Críticas ao instituto	22
3.1.1 <i>Natureza penal do instituto</i>	23
3.1.2 <i>Enriquecimento sem causa da vítima</i>	24
3.1.3 <i>Incentivo à novas ações indenizatórias</i>	24
3.1.4 <i>Ausência de previsão legal</i>	26
3.2 Alterações legais que facilitam a implementação do instituto.....	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS	

A EXISTÊNCIA DO INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

Fernando Mendes Regnier Marques¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar o instituto dos *Punitive Damages* e demonstrar a sua compatibilidade com o direito brasileiro. Para isso, será discutida a responsabilidade civil e suas funções. Em seguida, será demonstrado o dano punitivo, sua aplicabilidade e seu critério de quantificação. Por fim será demonstrada a compatibilidade do direito brasileiro com o instituto contrapondo críticas comuns ao instituto e por que elas foram superadas permitindo a integração do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foram utilizados doutrinas, legislações, monografias, artigos científicos, dissertações de mestrado e revistas jurídicas para trazer fundamentação suficiente para embasar o presente artigo.

Palavra-chave: Responsabilidade civil. Dano punitivo. *Punitive Damages*

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico digna-se a demonstrar irá demonstrar que o direito brasileiro dispõe de instrumentos capazes de respaldar um instituto cujo objetivo é tutelar, de forma eficiente, a punição de condutas tidas como inaceitáveis no âmbito do direito privado, sendo elas atos ilícitos movidos pelo dolo ou culpa grave.

Para isso, será apresentado o instituto, seus requisitos e a forma pela qual ele é aplicado aos conflitos sociais praticados reiteradamente por aqueles tidos como hipersuficientes. Há a necessidade social da implementação de um instituto que

¹ Bacharel em Direito, fe10marques@gmail.com

objetive a coibição de condutas ilícitas decorrentes de dolo ou culpa grave é evidente, haja vista a forma reiterada em que elas se verificam.

Dessa forma, o presente trabalho discorrerá sobre a responsabilidade civil com enfoque nas suas funções em especial á função punitiva, que é essencial para coibir os atos danosos. Será dissertado assim, a possibilidade de admissão do instituto do *punitive damages* com base em análise de leis, doutrinas, dissertações de mestrado e da natureza jurídica dos demais institutos e princípios gerais do direito e direito civil.

Foi adotado um método analítico para a pesquisa desse projeto de forma que para o alcance dos resultados, comparou-se diversos trabalhos anteriores sobre o assunto, além dos documentos previamente apontados. O objetivo é trazer uma efetiva discussão do tema para o campo acadêmico, possibilitando assim que, futuramente, possa ser formalizado nos tribunais o uso da indenização punitiva a ilícitos cíveis. Salienta-se que não se trata de mero instituto voltado à defesa do consumidor, mas a qualquer ilícito cível realizado por grave negligência ou dolo, gerando uma indenização manifestamente superior ao dano causado.

No primeiro capítulo, haverá uma contextualização sobre indenização no direito brasileiro. Na segunda parte, será apresentado o dano punitivo em suas especificidades. No terceiro capítulo será contraposto todas as críticas ao instituto demonstrando como o *punitive damages* pode se integrar ao direito brasileiro.

1 RESPONSABILIDADE CÍVEL

*Ubi societas ibi jus*², onde há sociedade, há direito. Esse brocardo resume precisamente que onde há relações interpessoais, existirão relações jurídicas. Infelizmente, nem sempre tais relações são pacíficas. Com o objetivo de obter lucro, segurança e reputação, o ser humano usa frequentemente da violência ou meios ardilosos para alcançá-los³.

Por esse motivo, o ser humano criou a pessoa jurídica Estado, que tem o dever de controlar as relações jurídicas, para mantê-las saudáveis e, caso ocorra uma perturbação nas relações sociais, reequilibra-las.

² ULPiano, Eneu Domício. *Corpus Iuris Civilis*. Roma, 533 D. C.

³ HOBbes, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983.

Para isso, foi criada a responsabilidade civil. Ela nada mais é do que um instituto que tem como premissa, reestabelecer o *status o quo* entre as partes após a ocorrência de um evento danoso causado por uma delas. É o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de uma obrigação. É um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁴

Para Washington de Barros, ela tem o objetivo de reestabelecer o equilíbrio pessoal e social causada por uma ofensa particular apurada no âmbito civil, de forma a reparar o dano sofrido⁵. Dessa forma, entende-se que o que provoca a responsabilidade civil é a ofensa ao direito de terceiro, ou seja, dano.

Por tal razão, necessário é destacar que o dano capaz de ensejar a responsabilidade civil pode ocorrer tanto no âmbito das relações contratuais como extracontratuais, nas palavras de Cavaliere Filho:

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.⁶

Ou seja, na relação contratual, ela decorre do descumprimento do contrato, já na relação extracontratual, decorre do dever jurídico de não lesar⁷, que do código civil, está previsto no Art.927 com a seguinte redação: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”⁸

Em conjunto com o artigo supracitado, define-se como ato ilícito, nos termos do Art.186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁹

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações** 2ª parte 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações** 2ª parte 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** v. III – 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

⁸ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁹ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

Dessa forma necessário se faz entender quais são os elementos necessário para haver a responsabilidade civil e quais são seus elementos.

1.1 Elementos da Responsabilidade Civil

O primeiro ponto a ser visto sobre a responsabilidade civil são os elementos necessários para gerar a indenização. Para isso, portanto, é necessário a presença de quatro elementos. São eles: conduta, dano, culpa e nexo de causalidade.

1.1.1 Conduta

Para haver a responsabilidade civil, o primeiro elemento necessário é uma conduta humana. Só há indenização de condutas praticadas por seres humanos, isso porque os fatos jurídicos em *stritu* sensu, como os acontecimentos naturais, não são capazes de gerar uma indenização. Isso ocorre, pois neles há uma ausência da manifestação de vontade humana.

Assim sendo, necessário se faz lembrar que esta voluntariedade não traduz necessariamente na intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, na consciência daquilo que se está fazendo.¹⁰ Desse modo, ações praticadas sem a vontade, perdem a sua capacidade de gerar indenização, como atos movidos por coação.

Essa exteriorização de vontade pode ser concretizada no mundo jurídico de duas formas: uma ação ou uma omissão. A ação, que é a forma mais usual de conduta, é o ato de realizar uma atividade, fazer algo. Essa ação, quando feita de forma a lesa alguém ou desrespeitar cláusula contratual, tem capacidade para gerar a responsabilidade civil.

Já a omissão, tem como forma de exteriorização a não conduta. É a ausência voluntária da ação quando deveria agir. Nesse caso, é necessário frisar que a Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso II garante aos cidadãos que não são

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** v. III – 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹¹ Ou seja, só pode ser responsabilizado por omissão, aquele que tiver o dever jurídico de agir.¹²

1.1.2 Dano

O principal elemento constitutivo da responsabilidade civil é o dano. A própria existência da responsabilidade civil advém do dano, pois, sem o dano, não há porque indenizar¹³. Por isso, necessário se faz conceituar o dano. Dano é um fato humano que lesa interesse individual¹⁴. Pode ser direcionado diretamente à pessoa, dano moral, ou meramente ao seu patrimônio, dano patrimonial.

Além disso, tem-se a ideia de perda, que tem a ideia do dano que ocorre depois do evento danoso, o dano emergente e o que deixou de ganhar, formando assim a expressão perdas e danos, que exprime a ideia de prejuízo¹⁵.

Ele tem um papel central na responsabilidade civil e atualmente, graças aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana ou as solidariedades sociais, foram criadas novas espécies de dano, como, por exemplo, o dano estético, perda de uma chance, dano existencial, que serão futuramente abordados.

Por fim, necessário se faz destacar que, a diferença da responsabilidade civil para a reponsabilidade penal. Caio Mário sobre o assunto afirma que:

Pode impor sanção penal, quando a conduta fere os interesses da sociedade: o direito penal arrola os atos atentatórios da ordem jurídica social, independentemente de como ofendem um bem jurídico da vítima, e estabelece as respectivas punições.¹⁶

Ao passo que na responsabilidade civil, a violação é de interesse individual.

1.1.3 Culpa

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

¹³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 P. 128.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 50

¹⁵ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. Rio de Janeiro: Aide, 2005 P. 9.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 50

A culpa é um elemento distinto dos demais, no sentido que a ausência desse elemento não configura, necessariamente, a inexistência da responsabilidade civil. É possível, em casos específicos, possibilidade de haver indenização apenas com a presença da conduta, do nexo de causalidade e do dano. É o caso da responsabilidade objetiva. Isso é trazido explicitamente no ordenamento jurídico por meio do parágrafo único do Art. 927 código civil o qual a redação apresenta:

“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.¹⁷

Entretanto, em regra, responsabilidade subjetiva, é indispensável existência do elemento culpa para haver a indenização.¹⁸

Dito isso, deve-se entender que quanto se trata de responsabilidade civil, a palavra conduta, refere-se ao seu conceito em *latu sensu*, ou seja, lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato que viole um dever jurídico¹⁹. Isso significa que, tanto o dolo quanto a culpa são elementos do dispositivo legal.

Quanto ao conceito de culpa *strito sensu*, Pontes de Miranda conceitua como, “defeito que se pode apontar na vontade”²⁰. É um erro na conduta praticada do qual sem ele, o resultado dano não seria produzido. E para o conceito de dolo, o jurista afirma que é “a vontade da contrariedade ao direito”²¹. É a vontade de violar o direito de terceiro.

A culpa em sentido estrito pode ser subdividida em 3 modalidades. A imprudência, imperícia e a negligência. Nas Palavras de Flávio Tartuce

¹⁷BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 40

¹⁹ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**, São Paulo: Forense, 1973

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. XXIII Rio de Janeiro: Borsoi, 1958., p. 71.

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. XXIII Rio de Janeiro: Borsoi, 1958., p. 72.

A imprudência vem a ser uma falta de cuidado somada a uma ação, algo próximo da ideia de *culpa in comittendo* dos romanos. A negligência, por sua vez, é uma falta de cuidado somada a uma omissão (*culpa in omittendo*). Por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição²²

O grau de culpa em sentido amplo não interfere na ocorrência ou não de responsabilidade civil, entretanto, dada a função punitiva do instituto ele é levado em consideração para a quantificação da indenização²³.

1.1.4 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil. É a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado.²⁴ E a relação obrigatória entre a conduta praticada e o dano, de forma que, esse, não ocorreria sem a conduta específica praticada pelo agente.

O nexo de causalidade é tão importante para ocorrer a indenização que se a pessoa lesada não identificar o nexo entre a conduta e o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida²⁵.

Necessário é frisar que não é necessariamente ato imediatamente anterior a produção do dano que é considerada como o nexo causal. Tão pouco são todos os atos antecedentes ao dano. O nexo causal se dá pela conduta determinante para a produção do evento danoso.²⁶

1.2 Funções da responsabilidade civil

Compreendido os elementos que compõe a responsabilidade civil, necessário se faz discutir qual a razão do instituto existir no ordenamento jurídico. Já foi demonstrado que a razão do dispositivo é reestabelecer o *status o quo* das partes

²² TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 2018. P. 238

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 2018. P. 291

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas de responsabilidade civil**, 6. ed., Brasil: Atlas, 2013 p. 58.

para o momento anterior ao dano, entretanto, resta saber como se dá esse reestabelecimento.

Pra isso, será apresentada a função da responsabilidade civil. Esse instituto detém uma função tríplice. São elas a função preventiva, função compensatória e função punitiva.²⁷

1.2.1 Função Compensatória

Essa função tem um preceito muito simples. Ela busca transferir os custos advindos do evento danoso, da vítima para o ofensor.²⁸ Nessa função, a indenização é quantificada precisamente na medida do dano causado.²⁹

A indenização busca satisfazer a vítima que teve uma violação ao seu direito. Essa satisfação pode ser tanto a substituição do dano pelo seu equivalente em dinheiro ou dar à vítima um meio adequado para neutralizar ou, pelo menos, mitigar seus efeitos.³⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, essa função se expressa por meio do Art. 944 do Código Civil que determina que a indenização se mede pela extensão do dano.³¹ Ela é a forma pela qual se aplica o dano material. Isso porque, ele é mensurado na exata diminuição patrimonial suportada pela vítima. O mesmo não se pode ser dito sobre às outras formas de dano, como o dano moral ou até o dano existencial. Sobre elas aplica-se as demais funções de indenização.

1.2.2 Função preventiva

A função preventiva é, na verdade, uma media desestimulante para a prática de novos atos lesivos aos direitos de terceiro.³² Nas palavras do desembargador Hector Valverde:

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 2018. P. 57

²⁸ Idem

²⁹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189

³⁰ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p.62

³¹ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

³² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189

É finalidade que se dirige a todos integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos de personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade. É por meio de imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes.

Portanto, percebe-se que, ao contrário da função compensatória, a quantificação da indenização com base na função preventiva servirá de desestímulo para a repetição de atos do gênero, cumprindo assim, uma função pedagógica para toda sociedade.³³

Essa função, junto com a compensatória, é a que se aplica o instituto dos danos morais, que utilizará de punição proporcional ao dano causado à vítima desestimulando assim o ofensor a reincidir em sua conduta.³⁴

Por fim, necessário entender que a função preventiva tem sua consumação realizada por intermédio da função punitiva, tendo em vista que a punição do agente irá, logicamente, desestimula-lo de repetir a ação. Por tal razão, alguns doutrinadores as chamam de função sancionatória e pedagógica.

1.2.3 Função Punitiva

Por fim, tem-se a função punitiva. Essa função tem como preceito sancionar o ofensor com o dever de reparar a violação do direito de terceiro com parte de seu patrimônio.³⁵ Essa função avalia o grau de culpa ou intensidade do dolo para quantificar a indenização proporcional ao prejuízo causado em relação à capacidade econômica do ofensor³⁶

É uma sanção que deriva da responsabilidade civil para quem viola regra, legal ou contratual, trazendo um caráter de desestímulo para novas condutas danosas.³⁷

³³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁵ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189

³⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153-154

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 2018. P. 61

Muitos doutrinadores afirmam existir a pereza da função punitiva da responsabilidade civil no dano moral. A exemplo disso, o doutrinador Caio Mário afirma que para quantificar o dano moral, é necessário ter duas noções em mente.

De um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo. [...] De outro lado proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie³⁸

Tal entendimento não permanece apenas na esfera doutrinária, mas também jurisprudencial. Atualmente, quando da sentença ou acórdão judicial fixando um dano moral, o tribunal deve se ater situação econômica das partes e grau de culpa do ofensor.³⁹

Depreende-se disso que o entendimento da função punitiva da responsabilidade civil é tão sólido que supera a barreira engessada pelo Art. 944 do Código Civil. Tal afirmação se concretiza com a IV jornada de Direito Civil que prescreve em seu enunciado n.º. 379 que: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”⁴⁰

Importante frisar que, não se pode confundir a função punitiva da responsabilidade civil com uma responsabilidade penal. Essa função punitiva envolve meramente uma sanção de natureza econômica do ofensor em benefício da vítima.⁴¹ Enquanto a segunda se dá a partir da prática de um fato típico, ilícito, culpável e com a sua respectiva punição previamente prevista.

2 DANO PUNITIVO

38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil / volume 2: teoria geral das obrigações 30. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 P.315

39 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p.62

⁴⁰ IV Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários – CEJ – Conselho da Justiça Federal – CJP, 2006.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil / volume 2: teoria geral das obrigações 30. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 P.315

Demonstrado como se dá a responsabilidade civil na atualidade, percebe-se que não há um instituto previsto especificamente para cumprir a função punitiva. Por tal razão, demonstrar-se-á o instituto do *punitive damages* que tem como premissa exatamente realizar tal função

2.1 Conceito e Origem

O *punitive damages*, dano punitivo, é uma espécie de dano originária do *common law*, em que se percebeu ser necessário, em casos específicos, impor uma indenização de valor superior ao dano, com um caráter sancionador e preventivo.⁴²

O instituto tem o objetivo de não apenas punir o ofensor, como também de impedi-lo de obter vantagem patrimonial com seus atos ilícitos. Esse instituto surgiu no século XIX na Inglaterra em razão de uma série de casos de abusos praticados pelo governo britânico contra os interesses de particulares. Com tal situação, os juízes começaram a conceder indenizações de caráter não exclusivamente compensatório.

Desse modo, o dano punitivo difere-se das demais espécies por não seguir a regra de ter o seu *quantum* indenizatório baseado na extensão do dano. Isso porque contrário dos demais institutos, chamados de *compensatory damages*, o dano punitivo tem seu foco voltado à ação do autor. Serão imputadas quando o ato praticado pelo ofensor é tão ultrajante que a mera compensação não é suficiente, faz-se necessário a punição.⁴³

Nas palavras de Rafael dos Santos Ramos Russo:

O instituto, ora abordado, tem por finalidade, além de analisar a pretensão autoral, exercer uma função em prol do interesse público e social, aplicando uma punição de grande monte pecuniário, com o intuito de desestimular o agressor a cometer outra vez aquele mesmo ato lesivo que antigamente havia realizado, servindo de exemplo tal punição a toda sociedade, o que a jurisprudência alienígena convencionou denominar de *punitive damages*,⁴⁴

Existem três critérios fundamentais que distinguem os *punitive damages* e os *compensatory damages*. São eles: A finalidade, os danos compensatórios se baseiam

⁴² LOPEZ, Edgardo Herrera *apud* MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. **Penas civiles y daños punitivos**. 1ª Ed – Santa Fé: Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos, 2011

⁴³ KOZIOL, Hemult e WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives** p. 2 Nova York: Springer Wien New York, 2009.

⁴⁴ RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva Dos Punitive Damages No Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Artigo Científico (Pós-Graduação) Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009, p. 13.

na necessidade de restituir a perda sofrida pela vítima, enquanto os *punitive damages* enfatizam a finalidade inibitória. A individualização do sujeito, os danos compensatórios focam a vítima enquanto os danos punitivos focam na figura do autor e sua conduta ilícita. Por fim, tem-se a perspectiva, os danos compensatórios, tem por base exclusivamente os atos pretéritos ocorridos, já os danos punitivos tem também como pretexto a inibição de futuros atos ilícitos potencialmente praticados pelo autor.⁴⁵

Existe uma controvérsia doutrinária sobre o *punitive damages* sobre se é um instituto do direito privado ou do direito penal. Alguns autores afirmam que na realidade seriam do direito penal. Eles acreditam que toda e qualquer condenação com viés punitivo deve ser paga ao Estado.⁴⁶

Contudo, a maior parte afirma que o instituto serve para punir os crimes insignificantes, que o próprio direito penal ignora.⁴⁷ Ele é aplicado em situações delituosas que fogem do processo criminal⁴⁸

2.2 Requisitos do Dano Punitivo

O dano punitivo diferencia-se dos demais espécies não apenas pela função que ele assume, mas também para os requisitos necessários para ser aplicado. Por não se tratar de compensação à vítima, mas uma punição do autor do dano, esse dano deve ser aplicado apenas às condutas que apresentam o mais alto grau de reprovabilidade civil⁴⁹. Desse modo, não é qualquer dano que é capaz de ensejar o dano punitivo. Para isso, a doutrina entende que é necessário que dano causado seja movido por dolo ou culpa grave.

A conduta dolosa é algo de fácil entendimento. Ocorre ou quando o agente quis atingir um determinado resultado, ou quando não deseja cometer o resultado

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil**, 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 171.

⁴⁶ KOZIOL, Hemult e WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives** p. 2 Nova York: Springer Wien New York, 2009.

⁴⁷ KOZIOL, Hemult e WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives** p. 2 Nova York: Springer Wien New York, 2009.

⁴⁸ SCHLUETER, Linda; REDDEN Keneth R. **Punitive Damages**. New York: Lexis. 2000, v.1. P. 20 *apud*, ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187.

⁴⁹ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño Moral – Prevención, Reparación, Punición: El Daño Moral em las Diversas Ramas del Derecho**, Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

ilícito mas mesmo tendo consciência de sua provável ocorrência, conduz-se de modo a potencialmente causa-lo, assumindo o risco de produzi-lo.

Já a culpa grave ocorre quando o agente não chega sequer, por imprudência, descuido, imperícia ou inaptidão, a conceber a sua ocorrência⁵⁰. Situação essa que poderia, e deveria, prever o dano e evitar a sua verificação caso usasse da diligência devida.⁵¹ Há culpa grave também no erro grosseiro, na incapacidade de perceber o que a imensa maioria dos seres humanos perceberia.⁵² Também se enquadra no requisito de culpa grave a reiteração de condutas ilícitas que isoladamente poderiam ser tidas como culposas.⁵³

Para Sérgio Cavaliéri Filho, além das situações apresentadas, cabe também o dano punitivo sempre que o agente obtiver lucro com o ato ilícito⁵⁴ de forma a cumprir com a sua função educativa de desmotivar que se pratique os atos ilícitos.

2.3 Aplicabilidade do Dano Punitivo

O *punitive damages* é um instituto que detém enorme versatilidade podendo ser aplicado em diversas situações. É um instituto do direito privado, portanto, pode ser aplicado às relações do direito civil, consumidor e empresarial. André Gustavo Corrêa afirma que seria possível sua aplicação nos casos de: responsabilidade pelo fato do produto, difamação, erro médico, acidentes de trânsito entre outros.⁵⁵

A título de exemplificação podemos citar o caso *Liebeck vs. McDonald's*. Neste caso, a empresa McDonald's foi demandada por uma cliente idosa que teve sua perna queimada por um café comprado em um de seus estabelecimentos. A idosa estava em seu carro estacionada quando derramou café em seu colo, gerando queimaduras de terceiro grau.

Ocorre que a empresa costumava servir seu café a uma temperatura entre 82 e 88 °C, e mesmo depois de ser notificada por mais de 700 clientes que sofreram

⁵⁰VARELA, João Antunes. **Das Obrigações em Geral, Vol.I** 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000, P. 573

⁵¹CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil (Estrutura e Função)**, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

⁵² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil (Estrutura e Função)**, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

queimaduras ao consumirem a bebida, a empresa permaneceu inerte, servindo-a da mesma forma, até a ocorrência do acidente em questão⁵⁶.

Diante da situação, mesmo com a idosa requerendo meros \$20.000, 00 dólares para pagar os custos do tratamento, a corte americana condenou o McDonald's ao pagamento de \$2,7 milhões de dólares a título de *punitive damages*, dada a irresponsabilidade da empresa ao servir o café, sendo que, caso servisse o produto na temperatura de 71°C, o que é feito nos demais estabelecimentos, não teriam ocorrido tais queimaduras.

Liebeck posteriormente aceitou um acordo no valor \$640.000,00 que foi suficiente para fazer com que a lanchonete corrigisse o serviço problemático após o caso. Isso mostra que a indenização cumpriu com seu papel socioeducativo e modificou um comportamento reiterado que causava danos à sociedade.⁵⁷

2.4 Quantificação da indenização

Vencidas as questões discutidas, passa-se agora a parte final a respeito dos danos punitivos. Resta então saber como quantificar a punição a ser aplicada ao agente que possa representar de fato um desestímulo a replicar a conduta, mas que, ao mesmo tempo, não arruíne a condição financeira do autor do fato.

Ao contrário das demais formas de indenização, o *punitive damages* utiliza critérios que não se relacionam com a recomposição patrimonial, dada a função que o instituto assume. Dito isso, existem 3 critérios para a valoração do *quantum* indenizatório. São eles: o grau de reprovabilidade da conduta, a natureza e extensão dos prejuízos causados ao lesado e a capacidade econômica do lesante.

Não se pode esquecer que a operação realizada para a fixação do valor a ser indenizado deve ser feita separadamente da realizada para apurar o valor referente a indenização compensatória do dano.⁵⁸

⁵⁶ HALTOM, William e Michael McCann **Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis**. 1 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2004

⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2476068/nilsondecastrodião 2003.pdf](http://portal.estacio.br/media/2476068/nilsondecastrodião%202003.pdf)>. Acesso em: 24 set 2019

⁵⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista De Direito Renovar, n.37, jan. / abr. 2007,

2.4.1 Grau de culpa do ofensor

O primeiro critério avaliado é exatamente o mais característico do instituto, é o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor. Ele representa uma ruptura à limitação da indenização baseada na extensão do dano dos demais institutos possibilitando assim a efetividade da função punitiva. Dessa forma, a quantificação da indenização se dará de forma a punir mais duramente conforme a sua conduta conforme foi praticada com maior grau de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, independente da extensão do dano.⁵⁹

O entendimento é que a punição deve ser aplicada de acordo com o grau de desconsideração com o bem jurídico atingido ou pelo dever legal desrespeitado. Para ajudar na determinação do grau de reprovabilidade de culpa, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu elementos relevantes para quantificar o grau de culpa do ofensor. São eles: a) se a conduta ilícita demonstrava uma indiferença, ou flagrante desconsideração, para com a saúde ou segurança dos outros; b) se a conduta ilícita demonstrava reincidência do ofensor ou se era um ato isolado; c) se a conduta ilícita se caracterizava como um ato intencional, malicioso, traiçoeiro.

Essa análise tem o intuito de garantir sempre que a indenização punitiva seja aplicada de maneira proporcional à gravidade e reprovabilidade da conduta cometida.⁶⁰

2.4.2 Gravidade do Dano causado

Pode parecer contraditória a presença desse critério de quantificação, dado que como já afirmado anteriormente, a indenização punitiva não se prende à extensão do dano. Entretanto, não é possível analisar a reprovabilidade da conduta do agente sem vincula-la à gravidade da lesão.⁶¹

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

⁶⁰ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

Isso porque a indenização punitiva deve ser majorada em atenção ao bem jurídico tutelado, frisando-se que quanto mais severos os danos causados à vítima, mais graves tendem a ser seus direitos violados.⁶²

Além disso, a Suprema Corte americana afirmou ser relevante para a indenização punitiva, não apenas o dano causado, mas também aquele que potencialmente poderiam decorrer da conduta do demandado. Isso significa que, é possível que mesmo que a conduta ilícita tenha de fato proporcionado prejuízos de pequena expressão, a indenização punitiva poderá ser majorada dada possibilidade do dano ter sido muito superior, colocando em risco o patrimônio de mais pessoas ou maior patrimônio da vítima em questão.

Dito isso, deve-se frisar que esse critério de quantificação é meramente secundário e não deve ser avaliado da mesma criteriosidade que é feita na dosimetria da indenização compensatória⁶³ principalmente no que se diz respeito ao dano em potencial da conduta do agente. Ela deve ser avaliada apenas como um elemento que compõe o grau de reprovabilidade do agente.⁶⁴

2.4.3 Condição econômica do agente causador

O último critério a ser analisado é a condição financeira do ofensor. Esse elemento existe exatamente para garantir a função socioeducativa do instituto, visto que a indenização punitiva deve representar um prejuízo ao ofensor, de forma com que ele se sinta desestimulado a replicar a conduta ilícita. Além disso, esse elemento é essencial para garantir que o agente não venha a ter vantagem econômica com o ato danoso.⁶⁵

Não se pode comparar o montante necessário para provocar uma punição a uma pessoa física e uma sociedade com largo capital social. O valor indenizatório suficiente para desestimular a primeira do cometimento de novos ilícitos será extremamente inferior àquela necessária para desestimular a segunda.⁶⁶

⁶² SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

⁶³ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

⁶⁵ SEBOK, Anthony. **Punitive Damages in the United States**. Princeton: J.D., Yale Law School, 1993.

⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

A utilização desse critério é especialmente relevante quando se trata de situação na qual os custos para obedecer a lei é superior que os custos de reparações de danos. Nesse caso, a indenização punitiva deve analisar a situação econômico-financeira do agente para satisfazer o objetivo de tornar a reparação mais custosa do que manter-se cumprindo a lei.⁶⁷

Por fim, esse critério também tem a sua atuação na defesa dos direitos do ofensor. A indenização punitiva deve ser uma simples punição, não se pode aplicar uma sanção pecuniária em um valor superior aos limites que possam ser suportados pelo ofensor. É necessário haver um equilíbrio entre um valor relevante suficiente para causar um prejuízo real ao autor do dano e simultaneamente, não seja demasiadamente gravosa a ele.⁶⁸

3 COMPATIBILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Superado o entendimento de como funciona a responsabilidade civil no Brasil e de o que é e como funciona o *punitive damages* resta a última pergunta. É possível a incorporação do instituto ao direito Pátrio? Não existe uma resposta clara para tal pergunta dada a ausência de legislação que insira ou negue a sua modalidade no ordenamento jurídico.

Dito isso, pode-se utilizar algumas mudanças trazidas com as alterações legislativas recentes junto com a jurisprudência dos tribunais superiores para obter resultados promissores para a integração do dano punitivo ao Direito Brasileiro.

3.1 Críticas ao Instituto

A indenização punitiva encontra forte resistência por parte da doutrina que acredita não ser possível a sua implementação no direito brasileiro. Entre os principais argumentos apontados pelos opositores estaria a ausência de legislação a respeito do dano punitivo ou simplesmente atestando a função punitiva da responsabilidade civil.

⁶⁷ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

⁶⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

Para eles a punição é uma matéria eminentemente criminal e a indenização punitiva gera um enriquecimento sem causa à vítima. Há também o argumento que o instituto geraria um aumento do número de ações com pedidos de indenização.

3.1.1 Natureza Jurídica Penal do instituto

A primeira crítica feita ao instituto no direito brasileiro é que há uma incompatibilidade da sua natureza jurídica ao direito civil. Isso porque, por se tratar de uma sanção aplicada ao agente causador, se trataria de uma função exclusiva do direito penal. Isso por que nas palavras desses doutrinadores, o direito civil se limita a apenas reparar o prejuízo cabendo com exclusividade ao direito penal a punição do ofensor. Agostinho Alvim resume esse entendimento ao dizer que “o direito civil não pune”⁶⁹

Tal argumento não merece prosperar, já se encontram diversos institutos punitivos inseridos no direito civil, inclusive no próprio código civil. Sempre que o Código Civil determina, artigos 773, 939, 940 e 1.259⁷⁰, o pagamento em dobro em uma situação específica, está, na verdade, fixando uma punição cível por inadmitir a prática de tal conduta.

Além disso, no Decreto-Lei 911, que regula o procedimento de cobrança de alienação fiduciária, o art. 2º §7º preceitua que:

Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenar o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado ⁷¹

Nesse caso, é ainda mais nítido o caráter punitivo cível, visto que é fixado uma multa dada a improcedência do pedido do fiduciante. Provando mais uma vez a possibilidade de sanção cível.

⁶⁹ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 P.2015

⁷⁰ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁷¹ BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em; 27 set. 2019

3.1.2 Enriquecimento sem causa da vítima

Outro argumento contrário ao *punitive damages* é a suposta incompatibilidade com o Art. 944 do Código Civil⁷² que determina que indenização se mede pela extensão do dano. Por tal motivo a indenização punitiva representaria enriquecimento sem causa da vítima, vedado pelo Art.844⁷³ do mesmo código.

Quanto ao Art.944, como já apresentado anteriormente, a IV jornada de Direito Civil determina em seu enunciado n°. 379 que: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”⁷⁴ Dessa forma, é possível a superação do valor da indenização referente à extensão do dano e fazê-lo em total respeito ao ordenamento jurídico sem que seja considerado enriquecimento sem causa.

Além disso, deve-se dizer que, mesmo se ocorresse o enriquecimento sem causa da vítima, tal motivo não poderia ser impeditivo da aplicabilidade no instituto no direito brasileiro. Isso porque, tal enriquecimento teria como premissa impedir o enriquecimento do ofensor que foi gerado por atos manifestamente ilícitos. Dessa forma, estaria optando-se por um enriquecimento sem causa da vítima em oposição de um enriquecimento ilícito do ofensor⁷⁵. Não obstante, tal “enriquecimento sem causa” da vítima, seria uma forma eficiente de desestimular o causador do dano a repetir a conduta.⁷⁶

3.1.3 Incentivo à novas ações indenizatórias

Quando fala-se sobre a indenização punitiva, um argumento que sempre é utilizada para recria-la é que ela incentiva a litigância frívola⁷⁷. Ela incentivaria o ajuizamento de uma demanda na qual o demandante não é titular do direito alegado,

⁷² BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

⁷³ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

⁷⁴ IV Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários – CEJ – Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006.

⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista De Direito Renovar, n.37, jan. / abr. 2007

⁷⁶ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p.62

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 18, Abril / junho 2004

e mesmo assim pretende obter uma tutela jurisdicional à qual sabe não fazer jus, com finalidade de obter um benefício ilícito.⁷⁸

Tal argumento reside na possibilidade de o demandante, mesmo não detendo o direito material, conseguir uma condenação ao demandado da qual ou não faria jus ou em quantia superior a que de fato merecia. No mesmo sentido afirmam aqueles que criticam o pagamento de indenização por danos morais, chamando-os de indústria do dano moral.⁷⁹ Afirmam nessa esfera que a aplicação de dano moral em valor superior ao dano causado incentiva a propositura de novas ações o que ocasionará um verdadeiro colapso do sistema.⁸⁰

Tais argumentos, a pesar de sólidos e conexos, erram ao simplificar os reflexos comportamentais refletidos pela adoção da indenização punitiva pelo direito brasileiro. Isso porque, pela própria natureza do instituto, o *punitive damages* tem o intuito de desestimular as condutas ilícitas. Dessa forma, a partir do momento em que se tiver conhecimento da sanção decorrente da prática dolosa ou reiterada de atos ilícitos, haverá cautela para não incidir nas hipóteses passíveis de punição. Com isso, haverá um decréscimo no número de ações de responsabilidade civil, visto que ninguém desejará ser punido.

Quanto a litigância frívola, deve-se reafirmar que não é o uso o *punitive damages* que gera tal fenômeno, mas sim de seu abuso. Dito isso, o Direito detém métodos para evitar decisões equivocadas que concedam direitos àqueles que não os detém. Dentre elas estão: a) o segundo grau de jurisdição, com seu efeito devolutivo, b) o julgamento sem análise do mérito e c) a possibilidade de indeferimento da ação após a análise do mérito.

Dessa forma, o direito apresenta formas de proteger o direito das partes dificultando à condenação de indenização injusta. Além do mais, o Direito também detém formas de punir tais condutas enquadrando-as no abuso de direito ou na própria litigância de má fé. Nos termos do Art.142 do Código de Processo Civil.⁸¹

⁷⁸ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

⁷⁹ BASSAN, Marcela de Acazas. **As funções da Indenização por Danos Morais e a Prevenção de danos Futuros**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 2009

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo **O Futuro da Responsabilidade Civil, in temas de Direito Civil, vol III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

⁸¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2019

3.1.4 Ausência de previsão em Lei

A crítica mais pertinente ao *punitive damages* é que o ordenamento jurídico brasileiro não possui nenhuma previsão normativa que poderia ser utilizada como fundamento legal para a indenização punitiva⁸². Nesse sentido, afirma-se que, com base no art. 944 do Código Civil, a indenização não poderia ultrapassar o valor do dano causado.

Sobre isso, no entanto, Osny Oliveira Júnior afirma que a Constituição Federal não restringe a indenização à mera compensação pelos danos sofridos, ou delimita a quantificação das indenizações. Ela apenas determina que certos fatos são passíveis de indenização⁸³. Assim, o caráter punitivo estaria implícito, pois seu objetivo principal é o desestímulo da reiteração da prática de atos lesivos.

Além disso, a indenização punitiva encontra a sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art.1^a, inciso III da Constituição Federal⁸⁴.

A indenização punitiva surgiria como uma medida necessária para a proteção desse princípio, pois apresenta uma sanção, que constitui fator desestimulante à condutas que ferem, entre outros princípios, a dignidade da pessoa humana⁸⁵.

3.2 Alterações legais que facilitam a implementação do instituto

O Código de Processo Civil CPC. de 2015 trouxe alterações importantes quando se trata de indenização punitiva. Isso porque trouxe o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR. Previsto no art. 976 do CPC⁸⁶ IRDR é uma ferramenta que busca dar maior celeridade e segurança jurídica a demandas semelhantes que se repetem nos tribunais. Ele permite que se utilize de 1 processo, afetação, para, com base na fundamentação jurídica nele apresentada, julgar todos os demais processos similares.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

⁸³ JUNIOR, Osny Claro de Oliveira. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1> . Acessado no dia 20/10/2009.

⁸⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista De Direito Renovar, n.37, jan. / abr. 2007

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2019

Com o IRDR pode solucionar uma incompatibilidade existente no elemento da indenização punitiva, que é a reiteração. Antes, era difícil superar o argumento de que não é possível majorar uma indenização a alguém com base no fato de que o ofensor praticou ato similar com diversas outras pessoas.

Atualmente pode-se utilizar o IRDR para fixar a indenização punitiva com base na reiteração da conduta do ofensor. Isso porque basta que o tribunal, ao julgar o processo afetado, aplique sobre todas as demandas o dano punitivo na forma de uma porcentagem no valor da condenação. Dessa forma, tem-se uma eficiente aplicação de sanção cível à prática reiteradas de atos ilícitos, cumprindo assim a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a compatibilidade do instituto *punitive damages*. Para isso, foi apresentado no primeiro capítulo como se dá a responsabilidade civil no Brasil. Nisso, foram discutidos os elementos que compõem a responsabilidade civil, sendo eles: a) conduta humana, que é o ato praticado pelo ofensor; b) dano, que é o prejuízo causado na vítima; c) nexo de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o dano provocado; d) culpa, requisito da responsabilidade subjetiva.

Em seguida foram apresentadas as funções da responsabilidade civil, sendo elas: a) função compensatória, que é o intuito de reestabelecer o *status quo* das partes b) função preventiva, que é o desestímulo de novas condutas danosas e c) função punitiva, que é a punição do autor do dano, para que não pratique novamente a conduta.

No segundo tópico foi abordado o instituto do *punitive damages* que é um instituto originário do direito do *common law* e consiste na punição do ofensor pelo dano causado, por meio de uma indenização de valor superior ao dano causado. Depois foram apresentados os requisitos da indenização punitiva sendo eles o dolo, que é a vontade de provocar o dano e a culpa grave, que é o extremo desleixo da parte causadora do dano.

Por conseguinte, foi demonstrado a aplicabilidade do instituto que é altamente variada podendo ser aplicada em várias instâncias do direito privado. Foi utilizado como exemplo, o emblemático caso *Liebeck vs. McDonald's* em que uma consumidora

teve queimaduras de terceiro grau por de um café servido com temperatura excessivamente elevada e em decorrência disso foi condenada ao pagamento de 2.6 milhões de reais a título de indenização punitiva.

No final do segundo capítulo foi apresentado os critérios de quantificação da indenização punitiva, sendo eles o grau de culpa do ofensor, a gravidade da conduta do ofensor e a condição econômica do ofensor.

No terceiro capítulo, discute-se a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro, em que primeiramente são contrapostas as críticas ao instituto demonstrando como elas não se podem prosperar. Em segundo apresenta-se como a mudança legislativa recente pode beneficiar a compatibilidade do dano punitivo no direito brasileiro.

Quando às críticas ao *punitive damages*, tem-se que na realidade seria um instituto do direito penal, pois o direito civil não seria competente para aplicar punições. Tal argumento é prontamente superado, pois o próprio código civil apresenta dispositivos punitivos, contrariando tal afirmativa.

Também foi apresentado o argumento de que a indenização punitiva representaria enriquecimento sem causa da vítima. Tal argumento é rebatido com o entendimento que caso de fato existisse tal enriquecimento sem causa da vítima, é uma opção mais justa do que o enriquecimento manifestamente ilícito do ofensor.

Em seguida, foi apresentado o argumento de que o dano punitivo incentivaria as ações frívolas. Argumento que não pode ser levado em consideração, pois na verdade o dano punitivo irá desestimular as pessoas a praticar ilícitos, diminuindo assim as ações ajuizadas.

Por fim, tem-se o fato de não existir legislação prevendo o *punitive damages*. Tal argumento, a pesar de pertinente, pode ser ultrapassado pelo fato de existirem outros artigos, como os da constituição, que embasam a sua possibilidade.

Finalizando, a alteração legislativa trazida pelo novo CPC em 2015 que implementou o IRDR possibilita a avaliação da reiteração dos atos danosos, possibilitando que diversas condutas sejam avaliadas para fixar a indenização punitiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista De Direito Renovar, n.37, jan. / abr. 2007,

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

BASSAN, Marcela de Acazas. **As funções da Indenização por Danos Morais e a Prevenção de danos Futuros**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 2009

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em; 27 set. 2019

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2019

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil (Estrutura e Função)**, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** v. III – 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

HALTOM, William e Michael Mccann **Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis**. 1 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2004

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983.

IV Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários – CEJ – Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006.

JUNIOR, Osny Claro de Oliveira. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1> . Acessado no dia 20/10/2009.

KOZIOL, Hemult e WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives** p. 2 Nova York: Springer Wien New York, 2009.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**, São Paulo: Forense, 1973

LOPEZ, Edgardo Herrera *apud* MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. **Penas civiles y daños punitivos**.. 1ª Ed – Santa Fé: Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos, 2011

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. Rio de Janeiro: Aide, 2005 P. 9.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. XXIII Rio de Janeiro: Borsoi, 1958., p. 71.

- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153-154
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações** 2ª parte 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- MORAES, Maria Celina Bodin. ***Punitive damages* em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 18, Abril / junho 2004
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil / volume 2: teoria geral das obrigações** 30. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 P.315
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016. P. 50
- PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño Moral – Prevención, Reparación, Punición: El Daño Moral em las Diversas Ramas del Derecho**, Buenos Aires: Hammurabi, 1996.
- REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 P.2015
- ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil**, 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 171.
- RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva Dos Punitive Damages No Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Artigo Científico (Pós-Graduação) Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009, p. 13.
- SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p.62

SCHLUETER, Linda; REDDEN Keneth R. **Punitive Damages**. New York: Lexis. 2000, v.1. P. 20 *apud*, ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas de responsabilidade civil**, 6. ed., Brasil: Atlas, 2013 p. 58.

SEBOK, Anthony J. **The difference punitive damages make**. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2001/LAW/06/columns/fl.sebok.punitive.damages.06.14/>>. Acesso em: 15/04/2013.

SEBOK, Anthony. **Punitive Damages in the United States**. Princeton: J.D., Yale Law School, 1993.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva** 2011. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 P. 128.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil. Rio de Janeiro**: São Paulo: Forense, 2018. P. 291

TEPEDINO, Gustavo **O Futuro da Responsabilidade Civil, in temas de Direito Civil, vol III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

ULPIANO, ENEU DOMÍCIO. Corpus Iuris Civilis. Roma, 533 D. C.

VARELA, João Antunes. **Das Obrigações em Geral, Vol.I** 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000, P. 573

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53